

## UMA RECONSTITUIÇÃO DO SENTIDO DO DIREITO – NA SUA AUTONOMIA, NOS SEUS LIMITES, NAS SUAS ALTERNATIVAS

ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES

Proponho-me trazer para este encontro alguns temas centrais das minhas recorrentes reflexões – e relevar-me-ão que o faça. Não obstante o meu profundo, e doloroso, cepticismo quanto a valer ainda a pena dizer o que há muito ando a dizer, ousarei a impertinência de uma vez mais insistir. Esses meus temas são: a *autonomia do direito*, no seu axiológico-material sentido que se constituiu, e hoje urgentemente a reconstituir, na nossa civilização ocidental perante as outras e também diferenciáveis dimensões constitutivas da nossa *praxis*, de modo particular perante a dimensão política, mesmo o político constitucional, e quando os ventos sopram fortes e aparentemente invencíveis a favor dessa dimensão; o reconhecimento, como corolário mesmo dessa material autonomia de sentido, dos *limites* do direito, dos limites problemáticos e intencionais da juridicidade, numa recusa dos comuns holismos práticos que só levam à confusão das essências e à meramente funcional subversão dos sentidos; o diagnóstico de uma já tendencial superação do direito, que a retórica dos “direitos humanos” não iludirá, pelo sacrifício do seu autêntico sentido autónomo, nas sociedades do nosso tempo, orientadas predominantemente para direcções diferentes no seu culto comprazido de outros deuses, o que nos leva a pensar em reais *alternativas ao direito* arrastado também ele pela nossa decadência civilizacional.

Para tanto permitir-me-ei igualmente convocar alguns textos meus, sobretudo dois<sup>1</sup>, escritos justamente sobre essa temática, e para ocasiões diferentes, textos que agora me limitarei a conjugar numa outra unidade.

### I

---

<sup>1</sup> *Pensar o Direito num tempo de perplexidade*, publicado no livro de homenagem a José de Sousa e Brito; e *O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXXXIII, 1, ss.

## *A situação presente*

1. Depois do estertor da Europa que foi a tragédia da segunda guerra mundial, consequência da primeira e dos imperdoáveis erros do *intermezzo*, com tudo o que ambas significaram nas causas e nos efeitos, uma recuperação pareceu possível e anunciar-se, numa nova realização e num renovado equilíbrio, com particular expressão na década de sessenta – a década do Concílio e como que na auscultação do Espírito Santo, a década do começo da conquista do universo com a chegada do homem à lua, a década do exponenciado desenvolvimento cultural, económico, social, etc., a década assim da esperança em que, dir-se-ia, Deus e o homem, depois de uma outra dolorosíssima passagem pelo deserto (de barbárie, de extermínio, de vergonha), como que voltavam a ratificar a Aliança. Só que os homens verdadeiramente não estavam então à altura dessa esperança a que deviam mobilizar-se e, depois de terem também inalado eufóricos o “ópio dos intelectuais”, prestando uma outra vez culto ao bezerro de ouro da sociedade do consumo e do bem-estar, sociedade também do mercado-rei, tecnologicamente funcional e cepticamente pós-moderna, logo sucumbiram, e a partir da década imediata, ao imanentismo radical – não por opção trágica, o que teria a sua grandeza, mas por esvaziamento (o fogo fora afinal fogo fátuo?) e por abdicação e ausência (de mera negatividade). Pode-se caracterizar esse radical imanentismo pelos seus traços mais salientes. Traduziu-se ele pela perda da vocadora dimensão religiosa, através da descristianização, pela perda da vinculante dimensão ética, substituída pelo libertário até à acintosa legitimação da perversão, pela perda de convocantes referências transcendentemente culturais no niilismo generalizado, e em que se situa também a própria arte nas suas expressões de absurdo provocante e em desesperos esotéricos. A nossa civilização parece ter perdido a alma – “no meio de tudo, são palavras fortes de Ratzinger (hoje Bento XVI), vagueia o fantasma do sem-sentido”. O que muitos outros reafirmam, p. ex., Alain Tourain ao dizer-nos numa “situação pós-social” enquanto “o produto de uma completa separação entre a instrumentalidade e o sentido”. E perdas todas aquelas para ficarem apenas, numa redução comprazida e num plano que não é já o do espírito, duas outras dimensões, a dimensão científico-tecnológica e a dimensão económica – aliás convergentes e reciprocamente potenciadoras –: a primeira em geral objectivação funcional de tudo, das coisas e dos homens, para o sujeitar a redutores modelos nomológico-explicativos e tecnológicos com vista a consequenciais esquemas de efeitos empíricos, a segunda na horizontalmente racional organização

individualístico-eficiente dos interesses. A natureza e a biologia, enquanto só manipuláveis científico-tecnologicamente, e os interesses, estes numa final boa consciência pela conversão da política em economia, parece ser o que resta.

Mas será? Pergunta esta decisiva no que implica de dúvida, e esta como que num apelo e responsabilizante.

## 2. *Uma Ursituation e os problemas implicados*

Efectivamente com o que estamos a deparar-nos é com uma situação decerto grave, desconfortante para a nossa tranquilidade, mas justamente por isso também fortemente estimulante no que nos convoca. Não exageraremos se dissermos que se nos manifesta um terminal *corsus* – a invocação de Vico é na circunstância inevitável – e que assim o nada que se abre como possibilidade e ameaça nos leva a compreender a situação como uma *Ursituation*. E nela, como tal, o que imediatamente se suscita são os problemas originários, aqueles que interrogam pelos sentidos fundadores, os sentidos constitutivos das emergências capitais, e que na dinâmica do tempo convocam o *novum* de superação reconstituente. É isso consequência da dialéctica da história e exigência do transcender humano. Hoje esses problemas originários são dois: o *problema metafísico* e o *problema prático* – o problema do sentido do mundo na sua existência e para a nossa existência e o problema do sentido do encontro do homem com os outros homens também no mundo. O problema metafísico repô-lo no nosso tempo Heidegger, perante o domínio avassalador da *técnica* (perante a absolutização do científico-tecnológico) e pretendeu responder-lhe pela resposta à pergunta pelo sentido do ser (“porque é em geral o ser e não antes o nada?”), a que o homem devia responder, assumindo-o. Embora com o poderoso contraponto no apelo a um transcender ético pela invocação do infinito para além do ser, que nos ofereceu E. Lévinas. Mas a esse problema deixamo-lo de lado, já que o nosso é antes de mais o problema prático.

Problema esse nosso a que se tem proposto dar algumas insustentáveis respostas também radicais. Refiro-me sem mais à *ciência* – pretensão sempre acalentada desde a modernidade em ordem a “substituir o governo dos homens pela administração das coisas”, que teve expressão forte na ideia e proposta da *physique sociale* de Comte e veemente também hoje, p. ex., em Michel Serres que não só vê na física o novo direito natural como, propondo uma epistemodiceia em lugar da antiga teodiceia, espera que os sábios (não já os filósofos como em Platão) venham a governar o “mundo mundial” – e, no outro extremo, à utopia do absoluto ético como aquele, p. ex., que toma a parafraseática designação de “jurisprudência da libertação”, num como que apelo

imediato a uma generosa escatologia prática dos “novíssimos”. Ambas as propostas, antípodas uma da outra, são insustentáveis no seu radicalismo, porque ambas pretendem uma solução que afinal suprime o problema, o próprio problema prático na sua especificidade – a ciência porque o ignora, o absoluto ético porque o ultrapassa. Mas não ignorando, nem ultrapassando o problema, e reconhecendo-o no seu particular sentido e autonomia, qual deverá ser para ele a resposta-solução – se não a ciência, impossível redutora da *praxis*, e também não o imediatismo ético do absoluto, de utópica ultrapassagem da histórica mediação prática? Ora, o que vemos é o espaço intermédio entre estas duas extremas propostas radicais a ser exclusivamente ocupado por reflexões já éticas, posto que de novas éticas como sobretudo as da alteridade, já de filosofia política, estas também com inúmeras propostas ético-políticas, que vão do holismo crítico, passando pelos liberal-democráticos e procedimentais “modelos de sociedade”, seja numa perspectiva neocontratualista, seja numa reconstituição discursivo-deliberativa, até à recuperação comunitarista de diversos matizes, e em que o direito – é o que importa acentuar –, quando não vai simplesmente omitido, se vê ou secundarizado numa sua consideração apenas funcionalmente consequencial desses modelos, e segundo o mero e acrítico prescritivismo positivista, ou substituído, se não confundido, quer pela intencionalidade à justiça, “desconstruída” ou recompreendida segundo esquemas de uma prática pós-moderna, quer por diversos projectos de relegitimação e construção políticas, etc. Pelo que é esta lacuna e esta secundarização, a indiciarem uma grave incompreensão, que é urgente, respectivamente, preencher e superar, convocando o direito, no seu sentido e autonomia específicos e irredutíveis, ao núcleo do problema prático e reflectir sobre o seu muito próprio e indefectível contributo para a solução desse mesmo problema – não se trata, parafraseando Tony Judle a outro propósito, só de *entender* (que sempre seria uma hermenêutica forma de aceitar), mas de *pensar* (que já será exigência dialéctica de superar). Só que, qual sentido do “direito” e como – se a ele o havemos de reconhecer igualmente numa profunda crise, que é conhecida e não temos agora de explicitar –, qual o seu possível sentido fundador a recuperar, reconstituindo-o?

### 3. A alternativa – postulada e interrogante.

Consideremos desde logo, no pressuposto da circunstância do mundo humano que começámos por referir, que essa pergunta pelo direito apenas se pode fazer hoje através de uma alternativa: a alternativa entre um *regulatório prescritivo* (de contingência decisória estratégica, político-tecnologicamente e economicamente

estratégica), consequencialmente *posterius* numa regressiva funcionalização ao próprio regulado, e um *sentido axiológico-normativo* (constitutivo de uma *validade* pressuposta), intencional e problematicamente *autónomo* e normativamente *a priori* – entre a sua conversão dissolvente a “outra coisa” mediante uma solução “externa” que o transforme e mobilize e a restauração da sua autonomia como “ideia” e dimensão prático-humana. Ou num outro enunciado, em que o fundamental se mantém: a alternativa entre uma anómica e táctica contingência do alvedrio decisório sem horizonte de comunitária responsabilidade nem integração e a referência de uma autónoma validade normativa pressuposta que convoque e seja possibilidade de o sentido de um integrante encontro historicamente humano. A alternativa que, pelo triunfo do seu segundo termo, se nos impõe, vê-lo-emos, como exigida superação crítica e, assim, como implicação e consequência da actual circunstância desse mesmo mundo humano.

E todavia o que assim se nos impõe na sua circunstancial intencionalidade, simultaneamente parece conduzir-nos em si mesmo a um *impasse* – e daí a funda problematidade que aqui se nos vai revelando e sobre que temos de reflectir. Com efeito, e por um lado, o primeiro termo da alternativa, que está na coerência das actuais dimensões redutoras do mundo humano empobrecido num imanentismo sem espírito, vêmo-lo a sofrer uma sucessiva inconsistência – as próprias possibilidades regulatórias se tornam problemáticas e mesmo se esvaem. Baste-nos só a alusão, para o compreendermos, tanto ao diagnóstico do “trilema regulatório”, referido por G. Teubner, como à *regulatory failure* que, sem mais, a acentuada autonomia dos subsistemas sociais manifesta, e em consequência também tanto a como que desconstruída intenção a um *Reflexives Recht* de limitadas e funcionalizadas possibilidades, e só procedimentais, visando as “constituições externas” das organizadas forças sociais, tanto essa intenção como ainda, paralelamente, a premente substituição do vertical normativo regulatório pela simplesmente e precária “regulação” horizontal ou auto-regulação, e a culminar tudo nos efeitos jurídicos da globalização económico-tecnológica, superadora afinal do próprio direito, poderá dizer-se, com a sua supressão do sujeito, o seu sistema em rede e sem lugar, com a simples estratégia auto-regulada dos interesses, com a abolição da validade normativa e do juízo numa económica-convencionalidade arbitral “sem leis nem juízes”, etc. Por outro lado, o segundo termo da alternativa, a convocar num recuperador *novum* reconstituente de sentido, mostra-se imediatamente contrário àquelas mesmas mundanais e actuais

circunstâncias em que encontrava coerência o regulatório. Pelo que esse segundo termo da alternativa, com a sua capital importância, como que se revela nestas condições afinal impossível. O primeiro termo da alternativa está na coerência do actual mundo humano, mas esvai-se, o segundo termo da alternativa, por contrário a essa mesma coerência, dir-se-á impossível. Será então que a pergunta pelo direito é uma pergunta sem resposta, que do direito estamos apenas no limiar da sua morte, por impossibilidade dele?

Assim será, reconheçamo-lo, *prima facie*. Só que aquela impossibilidade por que assim concluímos não é a última palavra que há a dizer – e este ponto, acentuemo-lo também, é o verdadeiramente decisivo para o que importa. O que nos leva a dar um outro passo, nos obriga a um outro plano reflexivo em que o contexto significativo se amplia e aprofunda e iremos compreender que aquela impossibilidade só aparentemente o é, que verdadeiramente não o é e antes oculta a possibilidade de uma fundamental exigência a cumprir.

## II

### *O contexto histórico-cultural civilizacionalmente global*

#### *As polaridades histórico-culturais*

As civilizações culturalmente perspectivadas conhecem sempre, no núcleo das suas diferenciáveis épocas históricas, capitais polaridades referenciais que, na sua tensão contrapontística, são as agónicas matrizes culturais dessas épocas e da compreensão do homem nelas. Justifica-se por isso uma muito sumária alusão às polaridades que a nossa história cultural conheceu, que são ainda decerto o lastro evolutivo que nos constitui, para chegarmos ao esclarecimento daquela que marca o nosso tempo e que será assim o decisivo contexto reflexivo a que aludimos.

Foi desse modo que para os gregos a determinante polaridade cultural, referida pela existência e nela condicionava o sentido de tudo, era a de *o Ser e a tragédia*, como para o homem medieval foi a de *Deus e o pecado*, a da modernidade a de *o homem e a ciência* e a nossa actual, compreendê-lo-emos, é a de *a liberdade e o sentido*.

Se ao Ser se referia a ontológica última pré-determinação de tudo, tanto do mundo e da sua existência como dos homens e da sua acção, numa metafísica necessidade que verdadeiramente excluía o irromper da novidade e da própria história, o

contraponto a essa *ordo* definitiva, acabada e perfeita, que era vivido na exceção, no *fatum* sofrido mas também nos deuses transgredidos, na ruptura e no apelo que transcende, na espontaneidade irracional e no impulso vital, na surpresa do acontecimento ou no “acaso” em que se manifesta, ontem como hoje, a nossa fragilidade e vulnerabilidade (v. Martha Nussbaum, *The Fragility of Goodness*), encontravam-no os gregos na tragédia. É como se à ordem plena do ser se reconhecesse o contraponto, e no próprio ser afinal manifestado, duma contradição irreduzível – “a antiga tragédia, voltam a ser palavras de Ratzinger, é a explicação do ser com base na experiência do mundo contraditório, do qual inexoravelmente resulta o fracasso e a culpa”. O que significará – e prescindindo agora de considerar o jogo apolíneo-dionísico na suposta origem da tragédia, a intuir um “uno primordial” de originária abertura para além da ordem aparente da “serenidade helénica”, segundo Nietzsche – que à ontológica necessidade essencial se contrapunha um também essencial e não redutível *novum* que irrompia na realidade humana ou nela se sofria, ainda que para uma última intencionada reintegração global da liberdade e da necessidade, como foi bem evidente nos estóicos, na justamente por eles pensada “liberdade para a necessidade”, e que, portanto, a agónica polaridade entre os dois seria a expressão fatal do homem, afinal o ser agónico autenticamente.

O que para o homem medieval – digamos, genericamente e exactamente, para todo o bíblico Cristianismo e, portanto, também o actual – teria outra manifestação, mas no fundo o mesmo humano sentido, no contraponto que de Deus era agora o pecado: a onipotência de Deus, na Sua vontade e providente sabedoria, a que se submetiam a Criação e todas as criaturas, nem por isso excluía o pecado, pois no “ante Deus” (P. Ricoeur) da exigência infinita da Transcendência e no apelo da Aliança ele ia implicado na sua radical possibilidade, e com ele e nele a liberdade que também necessariamente pressupunha – nesse “apelo absoluto e na correspondência ou recusa por parte do homem que é o jogo originário da liberdade” (M. Baptista Pereira) –, liberdade prefigurada mesmo na luta entre Jacob e o Anjo-Deus, e o homem nessa polaridade era a liberdade que pode pecar – que tanto é dizer, desviar-se de Deus e mesmo transgredi-Lo: foi-lhe proibido, mas não impedido, que comesse da árvore e o homem comeu – perante aquela vocação a que haveria de *re-spondere* na culpa, enquanto o “momento subjectivo” de que o pecado é o “momento ontológico” (P. Ricoeur). Foi desse modo que, contra a inocência pagã e essencialmente com o pecado, a culpa entrou definitivamente no finito universo humano. Refiro-me só ao pecado – e não ainda ao

amor, possibilidade beatífica do homem a que pela santidade também, ou sobretudo, é chamado: aí não há contrapólo, já que “Deus é amor” –, e em toda a sua extensão, *inclusive* quando pareceria o contrário, como na música de Mozart, sendo que, segundo a compreensão de Hans Urs von Balthasar e dito de uma forma admirável, também aí está presente o pecado “na confissão da graça”.

E se no homem moderno passou o próprio homem a ser o primeiro pólo, numa antropológica reivindicação de autonomia perante toda a transcendência, de Deus, da comunidade e da história, para que se afirmasse a ipseidade do “sujeito”, não deixava com isso de se lhe contrapor o mundo, mundo-natureza, posto que não já expressão do ser e sim enquanto manifestação da experiência empírica – contraposição essa que teria a sua determinação na ciência, e num último projecto de domínio que veio a ser técnica, também pela ciência (F. Bacon, Descartes). E em termos agora, numa dialéctica de preponderância evolutiva, o homem, na sua liberdade e na sua prática que esta constituiria, inevitavelmente passar a ser, ou projectar-se, ele mesmo em objecto de ciência – de sujeito volve-se em objecto, e objecto experimental (cfr. M. Jorgen, *Der Mensch ist sein eigen Experiment*). Ciência tornada a instância última – e daí os limites que, em reacção crítica, lhe definiria Kant e a proclamação igualmente por ele dos direitos e da irredutibilidade da “razão prática”, com os seus postulados metafísicos. O que foi uma primeira experiência dos efeitos e o grave problema da polaridade cultural em último termo recusada numa hipertrofia de um dos seus pólos – o que seria afinal, paradoxalmente e por obra dele, a negação do próprio homem, na sua essência polar. A hipertrofia do científico (científico-tecnológico) a que a libertação dos interesses – possibilitada pela quebra do religioso e do ético – levaria a associar-lhe o económico.

Assim se chegaria ao nosso tempo e desse modo ele se constituiria – vimo-lo já. O cientismo não se suspendeu no séc. XIX – reconhecemo-lo na “nova aliança” a que Monod aspirava, afinal a “epistemodiceia” de Serres, e não menos na também aludida invocação da ciência para a solução impossível do problema prático – e o economicismo volveu-se no aparentemente único horizonte prático-social. O que a pujante manifestação entretanto igualmente da arte, na expressão literária, plástica e musical, não logrou decerto compensar. E daí que a quebra daquelas dimensões capitais a que nos temos referido e que se pensariam naturais ao mundo humano pudessem ter uma confirmação expressa, e comprazida, nas mortes que se proclamaram: a morte de Deus (Nietzsche) e assim da referência de sentido e fundamentante à Transcendência; a morte da história, a significar quer o termo da criação de novidade e da abertura de



futuro (Fukuyama) quer da responsabilidade que viria do seu vínculo imanente (Perry Anderson); a morte da consciência na sua explicativa redução bio-psicológica (Freud) a morte do próprio homem (M. Foucault) com os ilusórios valores do “humanismo” em que humanamente se realizaria. Só que, se ao nosso actual mundo humano o não tivermos de ver como um mundo de morte que se afunda no nada, há que perguntar perante todas essas mortes: mortes todas essas para que viva o quê? Creio que a resposta pronta e veemente que se proclama é esta – mesmo quando parecerá o contrário, como em Freud – e num grito final à emancipação: a liberdade, para que viva a liberdade! E assim tocamos o ponto decisivo em que uma nova polaridade – a polaridade de nós homens nesta nossa actualidade – se haverá de constituir. É que essa liberdade consequente ao vazio não pode ser ela mesma uma abertura vazia – o que seria uma liberdade de absurdo e que desse modo a si mesma se negaria – assim como não será, em alternativa, a da vontade absoluta da autonomia incondicional que em si mesma assuma o infinito – como na liberdade kantiana e do idealismo posterior e sobretudo, mas de modo diferente, na “obstinada liberdade” de Sartre –, já que nessa liberdade, num caso e noutro, também menos o homem autenticamente se reconheceria, pois o homem só o é na sua existência, no ser e na história, pelo transcender-se a algo convocante com que dialogue na procura da resposta às perguntas fundamentais. O homem, vimo-lo antes e temos de repeti-lo agora, existe sempre numa polaridade de agónica dialéctica. Qual é, pois, essa outra polaridade, a nossa, em que constitutivamente nos reconheçamos? Mas com uma exigência particular hoje, uma vez que no nosso mundo humano só fomos encontrando esvaziamentos – essa nossa outra polaridade, não a encontramos já disponível, haveremos antes de a constituir como uma irrecusável exigência de humanidade no nosso tempo. Nem se estranhará que assim seja, pois as condições do tempo actual apenas tornaram de todo evidente a dialéctica, agora como que no próprio *Kairos* da história, que aí está a convocar o homem e em que ele não pode deixar de se comprometer. Tenho-me referido, para caracterizar essa dialéctica, à dialéctica entre “crise” e “crítica”, e neste momento melhor convirá falar da dialéctica entre o termo civilizacionalmente cultural e a superação culturalmente reconstituente – assim se faz a história e ela nos convoca. E porque grave é o termo civilizacionalmente cultural que estamos a viver, mais exigente e de irrenunciável responsabilidade será o reconstituente superador. Também aqui estamos perante uma “dialéctica negativa” de exigências fundamentais. E creio que as encontramos na polaridade *liberdade e sentido* – a querer dizer que a liberdade não a podemos

compreender hoje como a mera disponibilidade de um vazio residual e redutor que como tal nos anulasse, mas como a abertura convocada e responsabilizada por referências *trascendens* que nos realizem na nossa humanidade. Pela proclamação das mortes referidas, e seja ou não fundada essa proclamação, não se pretenderá que regressemos radicalmente a nós para aí ficarmos vazios e sim para nos abirmos sem obstáculos à possibilidade dessa nossa realização. Pelo que a polaridade referida será hoje a nossa tarefa e a nossa responsabilidade o assumi-la. Pois o *sentido* é isso mesmo, a referência transcendentemente convocante que possibilita a realização da liberdade. “Presença real” (de que afinal Deus não está ausente) o disse George Steiner. E se passarmos do singular convergente à pluralidade da sua manifestação, explicitaremos dizendo que os sentidos são assim as referências espiritualmente culturais que convocam ao transcender da realização humana como fundamentos, orientações e compromissos da liberdade.

E se este é o contexto cultural a que chegámos e se nos impõe irrecusável, na sua exigência de sentido e dos sentidos, nele mesmo encontramos fundamento para a possibilidade do segundo termo da alternativa, referida ao direito, que nos levou a perguntar por ele, e não é afinal necessária, e antes recusável, a coerência que admitiria apenas o “regulatório”. O que exige, todavia, que compreendamos o direito como *sentido*, um sentido civilizacional culturalmente muito específico e nesse seu sentido como uma irredutível dimensão da nossa prática humana.

Dir-se-á que sempre assim foi. Mas só aparentemente, pois também se reconhecerá que esse seu sentido se viu muitas vezes ocultado por compreensões que o não atingiam ou dele se desviavam, assim como se exige hoje uma sua muito particular reconstituição, reconstituição referida à nossa actual circunstância histórico-cultural e humana e como que na fundação a partir daí e aí de um seu novo *recorsus* histórico. É o que importa explicitar.

### III

#### *O sentido do direito*

O sentido do direito que se nos fez necessário e procuramos é o sentido prático da liberdade. O que só não é um pleonismo, se não mesmo uma tautologia, porque ao dizê-lo “sentido prático” o diferenciamos de um seu sentido religioso, estético, etc., e o

vemos mais amplo que no estritamente ético e mesmo político ou qualquer outro eventualmente possível que não apenas de uma específica intencionalidade socialmente prática, no significado aristotélico desta categoria. Sentido do direito, com esse significado e relevância, de que unicamente me proponho agora curar. E numa atitude também “contra académicos” (atrevo a fórmula, que não embora o pensamento, de Santo Agostinho) e assim numa reflexão, e proposta, que não nasce de lúdico intelectualismo puramente académico – o academismo pode bem ser um vício de universitários –, mas na preocupação e com a responsabilidade de enfrentar os problemas humanos na humana circunstância da nossa actual existência histórica. E nessa preocupação não sou de Pedro nem de Paulo, procuro antes Cristo – se a metáfora não for sacrílega –, que o mesmo é dizer que viso o essencial como ele a mim se me ofereça. E com que legitimidade esse apenas em nome próprio? Com a legitimidade do grão de verdade que cada um possui e de que deverá dar testemunho, se o der com autenticidade e entrega. Pois bem, esse sentido do direito que procuramos, tentá-lo-emos através de duas estações principais: 1) a compreensão das condições constitutivas da sua possibilidade; 2) a determinação das dimensões constitutivas da sua específica normatividade.

1) Dissemos atrás que os sentidos são as referências espiritualmente culturais que convocam o transcender da realização humana. E acrescentaremos agora que a sua determinação resultará da resposta à pergunta pelo constitutivo da sua emergência. Pelo que, quanto ao sentido do direito, do que se trata para o compreender é do especificamente constitutivo da sua emergência como direito, do que ao direito com o sentido de direito o constitui. Desse tema me tenho recorrentemente ocupado – se é que não se tornou ele, por um estreitamento reflexivo, o meu tema. E por analogia, a pergunta que o enuncia não será também outra senão esta: “porquê o direito e não antes o não-direito?” Não se visa nessa pergunta – e utilizaremos uma distinção que não é minha, mas que adaptarei ao nosso caso – nem a causa (factualidade genética ou evolutivamente explicativa), nem a origem (cronológico começo histórico), nem simplesmente o fundamento (que será apenas um elemento constitutivo, não o único), não se visa qualquer desses pontos, mas o conjunto das condições humano-culturais, básicas condições de possibilidade, por um lado, e das dimensões axiológico-normativas constitutivas, por outro lado, conjunto de condições e dimensões que, na sua globalidade, também constitutivamente fazem surgir o direito como uma específica e diferenciada, e nesses termos também autónoma, dimensão humanamente

cultural e prática. Pelo que aí, ou na resposta a essa pergunta, igualmente temos o que importa para atingirmos o seu sentido autêntico e nesse sentido o reconhecermos uma dimensão humana capital.

Começando, para tanto, por afastar modos de o perspectivar que apenas obstruem o acesso a esse seu sentido. Referimos a consideração do direito como *objecto* (ainda que um específico *objecto* cultural), como *discurso* e como *função*, desde logo – pois que havemos de o reconhecer como *validade*, uma problemática e regulativo-normativamente constituenda e realizanda *validade*. A consideração do direito como *objecto* traduz uma particular intenção epistemológica do pensamento jurídico consequente, conjugadamente, ao positivismo e ao cientismo do séc. XIX, proposto a converter o problema prático do direito num problema teórico desse pensamento, conversão essa só acalentável ao intencionar-se o direito numa postulada subsistência objectiva na sua exterioridade que punha entre parêntesis a imanência problemático-normativamente constitutiva da sua juridicidade. O direito antes de se oferecer numa manifestação objectivável, constitui-se ao resolver o seu problema de uma regulativa validade prática numa intencional normatividade para uma realização concreta – problema sempre aberto e normatividade sempre constituenda e realizanda. Pelo que assim e verdadeiramente o direito não é *objecto*, mas problema e o seu sentido, que em referência à sua problemática normativa se haverá de pensar, é o que a sua objectivação *ex post* simplesmente oculta. Como discurso, em que analogamente repercute agora o *Linguistic Turn*, não menos o constitutivo problema normativo em que se assume o seu sentido – o seu sentido convoca esse problema e visa resolvê-lo – o temos de dizer também omitido, seja considerado o discurso em perspectiva semiótico-estrutural (como uma gramática do jurídico, uma *deep structur* enquanto um “*destinateur épistémologique*”, na expressão de Landowski) ou em perspectiva semiótico-narrativa (como “relato”, num plano que acaba por não ultrapassa o literário, o filológico-literário, como, p. ex. e por todos, em *Justicia como relato* de José Calvo), seja mesmo ele chamado a manifestar-se constitutivamente através de uma comunicativa argumentação, expressamente segundo um “princípio do discurso” (assim Habermas), visando o consenso num certo espaço político, já que a validade normativa ou de todo o modo a normatividade que seria o próprio *objectivo* discursivo vai afinal fundamentantemente pressuposta e a possibilitar o próprio discurso com esse *objectivo*. Como função, mais gravemente ainda o sentido do direito será sacrificado. Se a funcionalidade for de índole material (neomaterialização funcional do direito), o que

nela e através dela se imporá é a teleologia heterónoma, juridicamente heterónoma, para a qual o direito será tão-só um secundarizado e dependente instrumento, em que afinal verdadeiramente como direito na sua validade normativa se apaga – não ele, mas o político, o social-tecnológico, o económico, etc., ocuparão decisivamente o campo. Se a funcionalidade for de índole formalmente sistémica, é a titularidade pessoal, a normatividade regulativa e a validade mesma do direito que, sem mais, numa perspectivação apenas evolutivamente sociológica, se neutraliza numa sua funda incompreensão a tirar mesmo sentido ao seu “porquê”. Em todas estas perspectivações e outras análogas suscitadas embora pelo jurídico, mas de uma intencionalidade e de uma problemática alheias à juridicidade na sua irreduzível especificidade, é afinal em algo diferente, que não no direito, que verdadeiramente se pensa – o direito convoca-se para que outra coisa para além dele avulte e se imponha.

Afastados, pois, esses obstáculos – que não diremos “obstáculos epistemológicos”, como Bachelard os diria, mas obstáculos culturais de compreensão de sentido –, há que convocar as condições possibilitantes da emergência do direito e as dimensões directamente constitutivas do sentido da sua validade normativa. E isso, refira-se também, como um primeiro momento da nossa procura, o da compreensiva determinação da validade do direito enquanto o axiológico-normativamente regulativo fundamentante, já que ainda um segundo momento se revela exigível, e só o objectivante normativismo positivista pôde inconsiderar, o momento da problemático-concreta realização dessa regulativa validade, continuamente a reconstituir na sua normatividade por essa mesma problemática realização. Um momento de validade, momento intencional e estritamente normativo, e um momento de realização, momento metodológico de uma também específica problemática e racionalidade – são os momentos a considerar.

Quanto às condições possibilitantes, quero invocar neste momento antes de mais a que tenho considerado a essencial para a emergência, e a diferenciação, do direito como direito, e que digo a *condição ética* – a convocar a *pessoa* enquanto o referente e o titular da humana prática jurídica. Outras duas condições são também relevantes, uma primeira, que se dirá a *condição mundanal*, a referir a social mediação do mundo, na sua fruição e repartição, e que, se de uma aparente banalidade, não o será tanto, já que é ela que define o campo possível, não ainda o sentido normativo mas o campo, da juridicidade, sendo que fora desse campo não teremos problemas jurídicos. Uma segunda condição, bem menos evidente e que mesmo hoje ainda em geral se recusa –

recusa-a decerto todo o individualismo, de ontem e de hoje, mas já não os mais esclarecidos e menos ideologicamente cegos (cfr. desde logo, Gunther Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, 2ª. ed., 117, e *passim*; Adela Cortina, *Política, Ética y Religión*, *passim*) –, será a comunidade, a condição comunitária, na sua irredutibilidade existencial, empírica e ontológica, e com a importância decisiva de se haver de reconhecer aí o fundamento último da responsabilidade. Mas voltando à condição ética e nela apenas insistindo, somos por ela postos perante duas exigências capitais, a compreensão justificante da pessoa naquela sua referência e titularidade práticas e a determinação das suas imediatas implicações normativas. A pessoa não é o *indivíduo*, nem o *sujeito* – o indivíduo, apenas como termo biológico ou como o reivindicante solipsista dos interesses, o sujeito como *causa sui* das determinações e *auto-nomos* de uma racionalidade universal –, o primeiro não conhece nenhuma ordem normativa em que se vincule (é relevante, quanto a este ponto, a reflexão com essa mesma conclusão de Gunther Jakobs, ob. cit., 29, ss., e *passim*), o segundo pode ser condição de um vínculo normativo, em imperatividade universal que transcenda a vontade individual, mas essa apenas universal racionalidade não o pode fundar, enquanto pela pessoa, traduzindo o transcender do antropológico e do estritamente racional ao axiológico em transindividual reconhecimento ético, com a sua dignificação e numa relacional convocação ética, é a própria eticidade da normatividade que com ela também se institui. Assim o tenho pensado e encontro reconfortante confirmação e refundamentação, posto que de perspectiva entre si não coincidentes, certamente em Lévinas, mas também em Axel Honneth e em Adela Cortina, inclusivamente em G. Jakobs (ao considerar a correlatividade necessária entre normatividade pressuposta e pessoa), e em outros decerto. E então podemos sem mais dizer – já o justifiquei e agora repito – que a pessoa, enquanto sujeito ético, é ela em si mesma *sujeito de direito*, *sujeito de direitos* e *sujeito do próprio direito*, com ser desse modo que a sua eticidade a investe na comunidade prática assim como é nessa eticidade, que não simplesmente na socialidade, que o direito sustenta a sua normatividade – pelo que o direito é-o de pessoas e para as pessoas. Com isto não se diz que o direito seja uma ética – excluem-no as duas primeiras condições referidas –, mas sustenta-se que tem, indefectível e constitutivamente, uma dimensão ética<sup>2</sup>. Depois, e é o outro aludido

---

<sup>2</sup> A dimensão ética impõe-se à pessoa, com a sua implicação à validade axiológico-normativa. Não é o direito uma ética, porque a intencionalidade normativa dessa validade não é recebida ou assimilada de uma qualquer

aspecto a considerar, do axiológico sentido da pessoa na comunidade das pessoas inferem-se duas imediatas consequências normativas, as inferências de um *princípio de igualdade* (no exacto, mas específico significado de não discriminação de estatuto, em referência à raça, à classe, ao sexo, ao grupo social, etc.) e de um *princípio de responsabilidade* (é o que implica a participação comunitária e a que só o acomunitário individualismo, mesmo com o invocar dos “direitos do homem”, poderá tentar subtrair-se) e desse modo simultaneamente se reconhecerá que a pessoa, pela sua axiológica dignidade de sujeito ético, não só é natural titular de direitos como correlativamente natural imputável de responsabilidade – pelo que também para ela os deveres são tão originários como os direitos. E se os direitos lhe conferem um titulado espaço de autonomia (autonomia de realização, por fruição e participação), igualmente a autonomia se vê na realidade comunitária em irreduzível dialéctica com a responsabilidade. Dialéctica entre autonomia e responsabilidade que é assim, reconheça-se, a matriz estrutural do direito e uma outra expressão da *justiça*, sendo que esta mais não é do que a exigência, normativamente integrante, do reconhecimento de cada um pelos outros e da responsabilidade de cada um perante os outros na coexistência em um mesmo todo comunitário constituído por todos – e nesses termos a justiça coincide com o direito, verdadeiramente mais não é do que o próprio direito.

2) E com isto passámos já da última condição de emergência do direito à primeira das suas dimensões normativamente constitutivas. E esta primeira exige uma segunda dessas dimensões, se é que simplesmente a não implica. Refiro-me à exigência ou implicação, naquela matriz e dialéctica, do direito como *validade*, como validade normativa. Não tão-só *norma* (critério regulativo de uma racionalidade sistematicamente horizontal), nem simplesmente como *lex* ou *imperativo* prescritivo, também não *regra* convencionalmente aleatória ou *esquema* sistémico-social, mas referente *fundamento* de intencionalidade e expressão axiológico-normativa a invocar como exigência normativa na prática humano-social e em todos os juízos decisórios suscitados por essa prática. Nestes termos a validade do direito, e que o direito é, traduz um sentido normativo (nos valores e princípios que a substantivem) que transcende as posições e as pretensões individuais de uma qualquer relação intersubjectiva e os transcende pela referência e a assunção de uma fundamentante normatividade de sentido

---

ética, seja pressuposta ou não, ainda porventura aquela que se insinuava na invocação tradicional do “direito natural”, antes se constitui com um sentido e uma determinação especificamente jurídicos, na sua autonomia.

integrante e assim vinculante para todos os membros de uma comunidade prática, e em que, por um lado e por isso mesmo, os membros aí em relação se reconhecem nela de igual dignidade e em que, por outro lado, obtêm uma imputável determinação correlativa que não é o resultado de mera vontade, poder ou posição de preponderância de qualquer dos membros da relação, mas expressão concreta das suas posições relativas nessa unidade de sentido fundamentadamente integrante. E uma tal validade, de sentido axiológico-normativamente material, como já a seguir compreenderemos – que terá o seu contrário já no *sic volo*, *sic jubeo*, já no *pro ratione voluntas* – é decerto uma exigência implicada no sujeito ético que no mundo prático é a pessoa, com a sua autonomia-liberdade e a sua integração-responsabilidade, posto que ele só pode propor-se uma qualquer reivindicação ou admitir uma qualquer pretensão dos outros por referência a um fundamento normativo que não pretira e antes reconheça as respectivas dignidades e justifique as suas responsabilidades. É deste modo que a ordem de direito, como *ordem de validade*, não será simplesmente uma ordem social de institucionalização e organização de poderes ou critério apenas de uma estratégia de objectivos sociais e de conflitos de interesses, e que na sua intencionalidade e estrutura manifesta uma normatividade que assimila regulativa e constitutivamente valores e princípios e não simplesmente fins, e em que o *a priori* do fundamento não cede ao *posterius* dos efeitos.

Validade neste sentido que não dispensa decerto uma sua determinação, a determinação da sua normatividade referível e invocável. Considerámos essa determinação já por mais do que uma vez. Pelo que, remetendo-me para aí, prescindirei agora dos desenvolvimentos explicitantes que seriam exigidos. Apenas direi que através de uma particular analítica lhe diferenciámos três planos de determinação normativa. Um de referência sociologicamente cultural e de uma maior histórica contingência positivo-social, em que a ordem de validade sofre as vicissitudes e a variação da positividade, outro de uma específica intencionalidade principiológica que se vai de algum modo subtraindo à imediata dialéctica histórica e em que o direito encontra a imediata expressão do seu subsistente sentido de direito, e um terceiro, último e capital, de uma substantiva ou material axiologia humano-comunitária, a referir na sua manifestação o *suum* e o *commune* e a dialéctica entre eles enquanto a expressão axiológico-normativa da autonomia pessoal e da responsabilidade comunitária, e que já vimos ser afinal o critério da justiça que o direito como validade é chamado a traduzir e a ser.



O que não significa, evidentemente, que toda a normatividade jurídica se esgote na determinação de validade, a que acaba de aludir-se, e não haja de atender-se àquela outra positiva que promane das “fontes do direito”, prescritivas ou judicativas. Apenas se pretendeu considerar a pressuposta axiológica normatividade fundamentante em que encontra decisiva determinação a validade de direito. Mas já significa que a normatividade jurídica positiva haverá de manifestar-se em consonância com essa normatividade jurídica fundamentante, que haverá de determinar-se e realizar-se sem a violar e assimilando-a – assim se cumprirá o sentido do direito e respeitará o seu regulativo de validade. Foi deste modo, e para que se não recusasse a afirmação irrecusável do direito mesmo num momento em que a ruptura com ele parecia ir no movimento da história, que sustentámos a sua axiológico-normativa validade ainda perante a revolução, em termos de aquela não ter de ceder ao poder desta. Toca-se aqui um outro ponto de grave importância – o da relação da validade do direito com o poder político, a que dedicaremos também algumas considerações.

3) Entretanto reconheça-se que a eventual compreensão do sentido do direito como validade e as linhas da sua determinação a que se aludiu deixaram em aberto a questão do *fundamento* que sustentará essa validade. Nesse fundamento teremos uma terceira dimensão constitutiva desse sentido, pelo que não podemos omiti-lo. Assim, recordaremos que o pensamento jurídico – descomprometido teologicamente ou em perspectiva exclusivamente filosófico-jurídica, no pressuposto de que o direito é um problema prático-humano e não directamente religioso<sup>3</sup> – procurou esse fundamento ou na *ser* ou na *razão* ou no *contrato* ou prescindiu mesmo dele, substituindo-o pela imputação do direito à legitimidade política. No *ser*, pela metafísico-ontológica e essencialista solução jusnaturalista, referindo já a ordem constitutiva dos seres e da sua teleologia, já o pontualizado e concreto *nomos* revelado na “natureza das coisas”, já os objectivos realizando que iriam na “natureza do homem” – só que, por um lado, o *ser* em qualquer dessas suas manifestações não era um em si de imediata transparência à consciência, mas uma onto-teleológica ou normativo-antropológica interpretação dele de que o homem, na sua irredutível cultural mediação constitutiva, e no caso

---

<sup>3</sup> Podemos, aliás, invocar como relevante precedente o próprio S. Tomás, que ao afastar-se do directo agostinianismo jurídico, ou da directa invocação da *lei divina positiva*, a favor do *dikaion* aristotélico, se propôs pensar o direito no domínio da “razão natural”, posto que o fundamento teológico fosse decerto o último de tudo. Cfr. Michel Villey, *Bible et philosophie gréco-romaine de saint Thomas au droit moderne*, in *Archives de Philosophie du Droit*, XVIII (1973), 27, ss.

praticamente orientada, era responsável, e, por outro lado, pensava-o no essencial para a prática impossivelmente fora do tempo e na ahistoricidade da inteligibilidade fundamental, mesmo na referência conciliadora ao “direito natural histórico” ou ao “direito natural concreto” – e só por isso a necessidade ontológica invocada mais não era, no fundo, do que a necessidade lógica hipostasiada. Na razão, pela solução da modernidade e a culminar em Kant – só que, se essa razão em referência prática não era uma razão tautológica, que só se pensava a si própria na sua universalidade, não deixava de pensar também alheia ao tempo e à história, e se nenhum pensamento concretamente transitivo pode ignorar a história menos ainda uma razão prática pode abstrair da historicidade. No contrato, pelo “contrato social” particularmente invocado pelo individual-liberalismo do séc. XVIII – só que o contrato, se acordo apenas em si ou como vontades unicamente acordadas, não é susceptível de constituir uma qualquer validade pela simples razão de que a vontade expressa é um mero *factum* que também só como tal não vincula, apenas vincula se pressupuser um fundamento normativo que a esse seu *facto* confira normatividade. É esta uma conclusão que outros igualmente invocam (cfr. G. Jakobs, ob. cit., 40; Adela Cortina, ob. cit., 47, ss.) e nos permite compreender que nos grandes teóricos do contrato social (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant) não faltasse afinal uma criptonormatividade justificante. Fracassos de fundamentação estes que não legitimam – é fundamental acentuá-lo – o contraponto do positivismo jurídico, a postular que o direito será tão-só o resultado normativo de uma *voluntas* política orientada por um finalismo de oportunidade e sob soberanos compromissos estratégico-sociais. Seria isso verdadeiramente renunciar a um fundamento de validade, com a sua intencionalidade normativa e crítica, convertendo o direito num mero *facto* político – o que, expressão do actual cepticismo quanto ao direito, que se reconhecerá uma das consequências do positivismo jurídico, não deixa de ser uma tendência a considerar e que justificaria uma reflexão aprofundada se a circunstância fosse outra.

Só que a prática humano-cultural e de comunicativa coexistência, com a sua tão específica intencionalidade à validade em resposta ao problema vital do sentido – assim sobretudo, vimo-lo já, nas épocas de inumanidade e de colapso, e numa dialéctica que é a da própria humanidade no homem, estruturalmente constituída pela distinção entre o humano e o inumano, o válido e o inválido, justo e injusto –, refere sempre nessa sua intencionalidade e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios que pertencem tanto ao *ethos* fundamental como ao *epistème* prático de

uma certa cultura numa certa época – e que são como que o resultado ético-prático da histórica aprendizagem que o homem faz da sua humanidade. E que assim, sem se lhes ignorar a historicidade e sem deixarem de ser da responsabilidade da autonomia cultural humana, se revelam em pressuposição intencional-problematicamente fundamentante e constitutiva perante as positivities normativas que se exprimam nessa cultura e nessa época – são valores e princípios pressupostos e metapositivos a essa mesma positividade, e assim numa *autotranscendência* de sentido, que é verdadeiramente uma *transcendentabilidade* *prático-cultural*, de histórica criação ou imputação humana decerto, mas de que o homem no momento da invocação não pode dispor sem a si mesmo se negar, que deixaram nesse momento de estarem na sua opção ou no seu arbítrio. E a que não pode decisivamente opor-se a sempre pronta invocação do actual pluralismo – pois, se é este nomadológico, suprime a comunicação e com esta a possibilidade mesma do mundo humano; se não é nomadológico, a comunicação pressupõe e só é possível num comum de sentido na intersubjectividade e que a sustente, não obstante as diferenças (cfr. *A Revolução e o Direito*, in *Digesta* 1º., 129, ss.; v. agora também Adela Cortina, ob. cit., 115, ss.). Autotranscendência de sentido e transcendentabilidade *prático-cultural* em que antes a prática reconhece os seus fundamentos de validade e os seus regulativo-normativos de determinação e relativamente aos quais, pelo que acaba de dizer-se, poderemos falar, sem contradição nem paradoxo, de um fundamentante e regulativo *absoluto histórico*. É este o fundamento e o sentido dele que havemos de pensar relativamente à normativa validade jurídica: fundamento histórico-culturalmente de constituição humana, mas que não obstante ao homem indisponivelmente vincula. Impõe-no-lo a história – para além da sua negação, precipitada negação – com o sentido que dela vem.

#### IV

##### *A autonomia do direito*

Atingido assim o sentido do direito na sua muito particular especificidade, compreendemos sem mais, e temos nesse mesmo específico sentido fundada, a sua autonomia. Omitimos neste momento complementos de explicitação em que essa autonomia se veria fortemente confirmada – falamos da *estrutura* e da *racionalidade* especificamente jurídicas para além do *sentido* de que até aqui só curamos. Da

diferenciada estrutura do universo jurídico (com as coordenadas de validade *versus* estratégia, de universalidade *versus* partidarização, de fundamento *versus* efeitos, de juízo *versus* decisão); e da racionalidade própria da normatividade jurídica (não simplesmente lógico-dedutiva nem exclusivamente argumentativa, também não decisório-consequencial mas normativo-problematicamente judicativa segundo uma particular dialética entre sistema e problema). O que já não podemos é prescindir de justificar ainda a autonomia do direito, como que numa comprovação que garanta a sua conclusão, perante duas capitais referências normativas que hoje disputam com ela a ocupação e o domínio do humano universo prático. Aludimos, em primeiro lugar e em termos que se afiguram decerto paradoxais, à compreensão do direito essencialmente pelos direitos do homem – nessa linha formulam-se apotegmas como estes: “o direito é os direitos do homem”, “o direito, de acordo com o seu verdadeiro fim (...) ordena-se aos direitos do homem”, e então o que se disse sobre o sentido do direito, e em que vimos garantida a sua autonomia, não deverá ser, se não totalmente substituído pelo menos corrigido, para assumir esta outra dimensão *constituens* do direito? Consideramos, em segundo lugar e de modo já mais geralmente compreensível, a convocação concorrencial do político, tornado a última e predominante referência prática, mesmo subordinante do jurídico, a partir da modernidade, e político desde o séc. XVIII polarizado, e hoje particularmente, como se sabe e dissemos já, na constituição, no sistema político-jurídico constitucional, com a consequência, para nós da maior relevância, de ter-se de identificar a juridicidade com a constitucionalidade – pelo que agora o sentido do direito seria afinal também outro. Outro sentido que, se porventura não excluía de todo a autonomia do direito, já obrigaria a repensá-la em referência ao político constitucional.

a) Sobre o primeiro ponto problemático – a eventual necessária revisão do sentido do direito e da compreensão da sua autonomia através desse sentido pela consideração da centralidade jurídica dos direitos do homem – já reflectimos com alguma extensão no segundo dos nossos textos que estamos a retomar. Não iremos repetir essa reflexão – limitamo-nos agora a dizer que chegámos aí à grave, mas inevitável, conclusão de que a fundante perspectiva individualista (consequência do moderno-iluminista individualismo) que foi a sua a partir do séc. XVIII, persiste no sentido último dos direitos do homem, não obstante toda a sua evolução ético-humanamente enriquecedora, se pensados eles em termos absolutos, que tanto é dizer pensar-se o homem em todos os planos da sua existência como homem individual,

*sui singuli*, nómada auto-assumido tanto na ordem do universo em geral como na ordem do universo prático em particular – e assim com a consequência capital de se poder compreender desligado, independente e mesmo contraposto à comunidade, a realidade societária, e com as consequência dela, própria da prática existência humana. E então pensar o direito exclusivamente nessa perspectiva – na perspectiva dos direitos do homem que não renuncie a esse seu originário e fundante sentido – é realmente truncá-lo da dimensão axiológico-normativa, dele essencial e irrenunciavelmente constitutiva, pela exclusão justamente da dimensão da integração e da, nesta implícita, responsabilidade comunitária. Seria esquecer o outro e os outros nas consequências do exercício desses direitos – e que a apenas universalidade da sua imputação de todo não recupera, assim como a actual “ética da alteralidade”, o que é mais grave ainda, também nem sempre considera e tem na devida conta. Seria no limite como que pensar o direito, dos só direitos, sem deveres nem responsabilidade – seria, atrevamos a paradoxal conclusão, uma justiça injusta. Pelo que é necessário pensar os direitos do homem no direito ou interrogá-los, no seu sentido e nos seus limites, perante o sentido do direito *qua tale*, o direito em si, na autonomia do seu específico sentido axiológico-normativo e problemático-intencional. Só assim reconhecer os direitos do homem não será truncar o próprio direito do seu sentido e dimensões capitais – sentido e dimensões que implicarão necessariamente um normativo e transindividual vínculo axiológico-social. O *prius* está no direito e não nos direitos do homem e estes só têm o sentido e a legitimidade que o direito, na sua autonomia e transcendê-los, lhes reconheça – só assim os direitos do homem não serão uma mera ideologia política, no mercado e na cacofonia das ideologias, e adquirirão a índole de uma dimensão importante do direito, direito que conta também com outras dimensões e outras exigências e com sentido, globalmente, para a não menos realização do homem na sua humanidade.

b) Quanto à segunda referência, o direito perante o político e sobretudo o político constitucional, permitam-me que reproduza algumas breves páginas que a esse mesmo propósito vão também num dos textos que comecei por referir. E para responder a esta pergunta: não é a constituição o direito na sua última instância e do mesmo modo a sede fatal do sentido direito? Ainda aqui nos atrevemos a duvidar, como aliás já hoje muito se duvida – e quanto a nós por duas linhas de argumentação. Pelo próprio sentido da constituição, por um lado, e pelas implicações a reconhecer para a juridicidade dessa sua identificação, em último termo, com a constitucionalidade, por outro lado.

Abstraindo da história e génese do constitucionalismo e da sua generalizada revalorização no pós-segunda guerra mundial e não pretendendo embrenhar-nos também aqui na complexidade teórica da sua conceitualização, diremos simplesmente, quanto ao primeiro ponto do sentido da constituição, o que noutra bem distinta oportunidade entendemos poder dizer, já que continuamos fundamentalmente a pensar o mesmo e com igual justificação – assim presumimos.

Assim, repetindo o lugar comum, podemos afirmar que a constituição é o pacto político-social fundamental e o estatuto político-jurídico da comunidade que através dela se define como comunidade política e se organiza em Estado – que tanto é dizer que pela constituição a comunidade se define a si mesma, seja em termos fundadores, refundadores ou revolucionários, na estrutura do poder político, nas instituições e valores político-jurídico fundamentais e ainda no reconhecimento de direitos que tem também por fundamentais. Só que o voluntarismo e o positivismo dominantes, no seu compromisso político, vão mais longe e postulam que o *prius* e o fundamento mesmo do direito os teríamos unicamente na normatividade constitucional: os valores ético-sociais, os valores jurídicos e o próprio sentido do direito a assumir pela ordem jurídica ter-se-iam de encontrar nas intenções materiais e nos pressupostos formais prescritos na constituição. No entanto, o próprio pensamento constitucionalista nos dá conta de uma normatividade político-social mais exigente e noutra plano do que aquela que se defina a estrito nível constitucional positivo – é, bem se sabe, o que significam as distinções, e não são as únicas, entre a constituição formal e a constituição material, entre constituição escrita e constituição não escrita, entre constituição jurídica e constituição real, etc. –, além de que, e principalmente, o estatuto constitucional o que traduz, na sua intencionalidade matricial, é a assimilação jurídica de certos valores políticos, a instituição do projecto político-jurídico e político-institucional que ideológico-politicamente e por qualquer forma que seja – em assembleia, revolucionariamente, plebiscitariamente, etc. – logram impor-se no momento constituinte. Daí que o estatuto constitucional não só esteja longe de esgotar o universo jurídico – o que se confirma com o reconhecimento do carácter fragmentário da constituição nesse plano –, exprime apenas o jurídico que se tem por politicamente mais relevante, como a sua intenção capital continua a ser ideológico-política e, portanto, o que sobretudo se propõe é perspectivar juridicamente uma certa intenção e um certo projecto políticos (cfr., ainda que numa diferente perspectiva, a considerar a distinção entre o jurídico e o político, relativamente à constituição, e a pensar aí o “acoplamento

estrutural” entre ambos, N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, 468, ss.). Pelo que insistirei em dizer, quanto a este ponto, que a constituição não é senão o *estatuto jurídico do político* – formulação que vimos aceite e se repete em outras análogas: “ordenação constitucional do político”, “forma jurídica do político” (Gomes Canotilho). O que nos permite duas inferências imediatas, que acabam por se traduzirem numa alternativa. Ou se reconhece o que a própria objectividade manifesta, que o estatuto constitucional está longe, mesmo no seu nuclear projecto político-jurídico, de esgotar todo o universo jurídico – repetimos, nesse projecto apenas temos o jurídico considerado no momento e na intenção constituintes como o politicamente mais relevante – e então o direito, na autonomia do seu sentido e na globalidade da sua normatividade, terá de procurar-se para além e fora da constituição. Ou, num radicalismo político, recusa-se esta conclusão para impor a exclusiva aceitação do jurídico intencionado e proclamado político-constitucionalmente, numa estrita identificação da juridicidade com a constitucionalidade, e nesse caso, e por ser a constituição apenas o estatuto jurídico do político, a substância do jurídico estará no político e o jurídico não será mais do que a forma que normaliza esse político – o jurídico apenas positivará normativamente, numa legalidade constitucional, as livres opções políticas. Com o que o direito, substancialmente identificado com a política, perde, por um lado, toda a sua autonomia normativamente material e fica anulada a sua vocação de uma instância de validade e crítica perante o político e o seu poder – isto é, desaparece como dimensão materialmente específica de um autêntico Estado de Direito –, e assume, por outro lado, o destino e toda a contingência do político. Contingência que as sucessivas revisões da constituição, e por aleatórias circunstâncias ideológico-políticas como tem acontecido entre nós, só fazem evidente. Destino esse que será actualmente o de crise, a crise que efectivamente se reconhece à sua possibilidade “dirigente” ou regulatória (crise análoga àquela com que deparamos no paradigma de legalidade moderno-iluminista) e a reduzir a constitucionalidade afinal a um simples quadro aberto de possibilidades ou a uma mera reflexividade sistémica que terá de encontrar os seus integrantes critérios materiais e decisivos para além ou fora da constituição (são para aqui concludentes as reflexões e conclusões de J. J. Gomes Canotilho, in *Prefácio* à 2ª. ed. de *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*). E por esta situação é afinal a procura que fracassa no paradoxo que regressa: na constitucionalidade procurou-se a solução crítica da crise a que o paradigma tradicional da juridicidade tinha chegado e afinal nessa aspirada solução só encontramos, além de

tudo o mais que se disse, uma nova crise. Ainda por aqui e de novo há que procurar a crítica recuperadora da juridicidade noutra sede e com outro sentido.

E com isto nem tudo fica dito – há ainda uma outra consequência de melindroso relevo a considerar, e em que aquela conclusão se confirma. Assim, concentremo-nos embora nas dimensões constitucionais juridicamente nucleares, tais como os direitos fundamentais, os princípios jurídicos (os “princípios de justiça” constitucionais) e outras referências jurídicas – sem omitir, todavia, que será incorrecta a abstracção desses elementos no todo da constituição, dada a unidade desta e com relevo em todos os planos, do normativo ao hermenêutico. E uma vez mais somos postos perante uma alternativa em que o exacto sentido das coisas se esclarece. Nestes termos: aqueles direitos, princípios jurídicos e referências jurídicas sustentam a sua vinculante normatividade jurídica exclusivamente na constituição, unicamente porque esta os proclama e enuncia, ou a constituição apenas lhes confere uma particular tutela e garantia, a tutela e garantia justamente constitucional? No primeiro caso, a constituição será deles autenticamente *constitutiva* – todas essas entidades jurídicas não existem nem têm sentido antes da sua proclamação e enunciação pela constituição e as vicissitudes da constituição, de alteração ou mesmo supressão, serão também as suas vicissitudes. No segundo caso, reconhecer-se-á à constituição uma função tão-só *declarativa* e constitucionalmente positivante desses valores, princípios e referências. Se a opção necessária for a primeira, vemo-nos pura e simplesmente remetidos para o que já considerámos, e teremos o regresso do exclusivamente político e a anulação da autonomia do direito no que materialmente, e não só formalmente, importe – e o direito volta a ser só política, com o destino e a contingência desta, e o Estado-de-Direito converte-se acriticamente num Estado-de-Constituição. Se, pelo contrário, a segunda opção for a correcta, terá então de concluir-se que o fundamento e a normatividade daqueles direitos, princípios e outras referências jurídicas, cobertos e garantidos eles embora constitucionalmente, não os temos na constituição, mas fora ou para além dela – digamos, na normativa intencionalidade específica do direito referida à autonomia do seu sentido. Igualmente então a problemática desses direitos, princípios e referências jurídicas não é materialmente uma problemática constitucional e sim especificamente uma problemática jurídica. E só não é sempre explícito o reconhecimento desta conclusão, com as suas implicações capitais, porque a compreensão dos mesmos direitos, princípios e demais referências jurídicas de posituação constitucional é envolvida por uma particular ambiguidade: o consenso sobre todas essas entidades



jurídicas não leva a pôr o problema do seu sentido, fundamento e normatividade, como nós acabamos de pôr, e a sua posituação constitucional só reforça e dá garantia a esse consenso – entre a constituição e as suas pressuposições normativo-jurídicas como que deixa de haver distância problemática. Mas essa problemática, ainda que oculta, não fica eliminada. Podem iludi-la as constituições, digamos, consensuais – com terão sido, p. ex. e no seu momento histórico, a constituição federal americana de 1776 e a *Grundgesetz* alemã do pós-guerra, de 1949 –, mas ela ressalta com toda a sua gravidade no caso das constituições de ruptura e revolucionárias, as quais nem sempre se inibem, como a história tem mostrado e também a nossa, de ideológico-politicamente sobrepor imediatas intenções políticas e mesmo, a favor dessas intenções ideologicamente discriminatórias, de repelirem direitos e princípios jurídicos civilizacional-culturalmente irrenunciáveis, porque adquiridos como dimensões do próprio sentido, e sentido autónomo, do direito. Problemática e consequências estas, pois, que se têm de reconhecer sempre, na diferença e tensão que lhes vão implicadas entre o político e o direito, não só perante as constituições “más”, digamo-lo assim, mas como possibilidade perante todas as constituições – e pelas razões que foram, também em geral, enunciadas. Daí que se possa subscrever esta conclusão do malgrado pensador-jurista que foi René Marcic, e que, nem por parecer soar demasiado enfática, deixa de ser válida: “absoluta não é a constituição, absoluto é o direito”. E na coerência do que – permito-me ainda acrescentar e atrevendo porventura alguma outra surpresa – a constituição, nos seus momentos especificamente jurídicos, deverá ser interpretada conforme o direito, desde que compreendido este na sua autonomia axiológico-normativa e na sua normatividade específica, com adiante se enunciará. Se é já comum o cânone da “interpretação conforme a constituição” relativamente à lei, no pressuposto de ser a constituição a última instância no sistema político-jurídico, analogamente a última instância que, por tudo o que foi justificado, será o direito perante a constituição jurídica imporá que esta, sem ver minimizado o seu relevo político, mas reconhecendo que juridicamente não é a última palavra, se assuma e interprete na sua validade jurídica em referência ou conforme o direito (e não por estritos critérios políticos).

Posição esta que, aliás, vê atenuado o seu isolamento se convocarmos o caso paralelo (embora só paralelo no ir além da constituição, já que o nosso plano é exclusivamente jurídico e não político) de John Rawls (*Political Liberalism*, 1993, Part Two, §§ 6 e 7), quando refere o *overlapping consensus*, a superar e integrar os limites

da constituição, enquanto o último critério político-juridicamente hermenêutico e mesmo a instância final chamada a definir os princípios fundamentais da comunidade política no seu todo.

E considerado tudo isto, para concluir nos bastará uma só palavra: a constituição não é afinal necessariamente o direito, a juridicidade que criticamente ansiamos não no-la dá sem mais a constitucionalidade.

## V

### *Os limites do Direito*

Atingido o sentido do direito em que nos havemos de fixar, sentido que no-lo revelou na sua autonomia e na sua axiológica normatividade, e comprovada essa autonomia perante duas actualíssimas perspectivas que parecem pô-la em causa, há que enunciar desse sentido os corolários a que de começo nos referimos: o dos implicados *limites* – digamos agora, intencionalmente problemáticos – e o da possibilidade mesmo de *superação* do direito – por identificáveis alternativas, *alternativas ao direito*, que as sociedades actuais e sobretudo as evolutivas e previsivelmente futuras lhe constituam. Consequências, esses corolários, da autónoma substantividade normativa do direito, tal como o compreendemos, já que esse seu sentido, ao identificar a sua intencionalidade específica, por isso mesmo não só, por um lado, delimita o campo da sua invocação fundada e nos diz também do problema, e dos problemas humano-sociais que unicamente lhe são próprios e que nele podem encontrar solução (solução de direito), como, por outro lado, as intencionalidades sociais que não assumam aquele sentido específico nas suas perspetivações problemáticas verdadeiramente abandonam o domínio do direito e constituem-se como suas alternativas. Mas fiquemos de imediato no corolário dos limites.

Quanto a ele, o que temos desde logo de reconhecer que é este um tema quase ausente das preocupações e mesmo da compreensão em geral do pensamento jurídico, e no entanto trata-se de um ponto de uma importância capital tanto no plano do exacto entendimento da juridicidade como das suas mais relevantes consequências. Basta dizer que nos põe ele perante o problema dos limites da juridicidade – e assim também da possibilidade de pedirmos ou não ao direito, na coerência do seu sentido e

intencionalidade, solução para quaisquer problemas que humano-socialmente se ponham. Quase ausência de preocupação, porque esta terá de pressupor o que já referimos, uma compreensão axiológico-normativamente substantiva do sentido do direito, e no comum do pensamento jurídico o que domina é o nominalismo também jurídico, resultado do acrítico legalismo e com a consequência, por sua vez, no positivismo jurídico – o errado entendimento de que é direito qualquer autoritária prescrição sancionada e, portanto, de que basta remeter o quer que humano-socialmente seja a prescrições ou normas sancionadas para estarmos no domínio do direito ou termos uma solução de direito. O que, aliás, Kelsen, com a sua bem conhecida clareza, não deixa de expressamente nos confirmar, ao considerar simplesmente o direito, e segundo decerto a perspectiva desse nominalismo jurídico positivista, como uma “ordem de coacção” (*Zwangsordnung*) e para concluir que não só não há qualquer conduta humana que, como tal ou por força do seu conteúdo, esteja excluída de uma norma jurídica, como se tornará ela jurídica pela circunstância apenas de ser submetida a uma qualquer forma de sanção jurídica (*Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 34; IV, 114, ss.). Ora, e para uma posição decisivamente contrária, há que considerar o que antes foi reflectido, que o sentido do direito *como direito*, ou autenticamente com o sentido de direito, resulta, e resulta só, da integrada conjugação das três condições então referidas, uma *condição mundano-social*, a manifestar a pluralidade humana na unicidade do mundo, uma *condição humano-existencial*, a explicitar a mediação social no fundo da dialéctica personalidade e comunidade, uma *condição ética*, a condição que implica o reconhecimento axiológico da pessoa e que, já por isso, é verdadeiramente a especificante condição constitutiva do sentido do direito como direito e que simultaneamente implica a *intentio* a uma normativa *validade* (a uma validade axiológico-normativa). E então, poderá dizer-se, numa imediata inferência, que não haverá juridicidade, que não estaremos no domínio do direito ou no espaço humano-social por ele ocupado e que o convoca, se não se verificarem essas condições: se não estivermos perante uma relação socialmente objectiva (constituída pela mediação do mundo e numa comungada repartição dele); se, embora num quadro de mediação social, não se suscitar a dialéctica, a exigir uma particular resolução, entre uma pretensão de autonomia e uma responsabilidade comunitária; se, não obstante a pressuposição de uma concreta dialéctica desse tipo, não estiver em causa a eticidade da pessoa – a pessoa como sujeito ético do direito e assim tanto sujeito de autonomia e direitos como sujeito de deveres e responsabilidade, fundados aqueles e estes numa

pressuposta validade. É, no fundo, pela referência à primeira condição que comumente se diz, depois de Wolf e Kant, que o domínio do jurídico é a exterioridade, o mundo das humanas relações exteriores e não o da pura interioridade; é em consideração da segunda condição que se afirmará também que com o domínio da estrita e solitária ou mesmo solipsística liberdade pessoal, que não seja correlativa ou em que não esteja em causa a integração comunitárias com as exigências implicadas, não tem a ver com o direito; é finalmente com fundamento na terceira condição que certas relações de carácter social e de implicação comunitária, mas em que não se manifesta activa (na sua ética irredução a objecto ou na sua absoluta indisponibilidade) ou passiva (na sua ética responsabilidade) o reconhecimento impositivo da pessoa, se excluem do direito. O primeiro ponto é decerto o mais tratado e de aceitação comum; o segundo ponto logo se compreende, se pensarmos nos compromissos religiosos, nas convicções ideológicas, nas determinações artísticas, científicas, na mera sociabilidade, etc.; e claro é também o terceiro ponto, se considerarmos a posição das pessoas nas puras relações de amor e amizade e quaisquer outras análogas em que não tenha sentido a atribuição e a sua reivindicação, a imputação e a sua responsabilidade, etc. – recorde-se a parábola do filho pródigo, a afirmar o amor para além da justiça, tenha-se presente a autonomizante e distanciadora relação de igualdade que Aristóteles via como pressuposto das relações de justiça e de que, por isso, excluía (de acordo decerto com a realidade cultural-social grega) as relações entre pais e filhos, entre os cônjuges, refira-se as relações no seio das comunidades dos primeiros cristãos segundo os Actos dos Apóstolos, em que não havia “meu” nem “teu”, e igualmente todas as filadélfias, todas as comunidades de amor, *inclusive* as associações informais de amigos, etc. Tudo o que considerado e como uma sua síntese nos permite enunciar esta conclusão: estaremos perante um problema de direito – ou seja, um problema a exigir uma solução de direito –, se, e só se, relativamente a uma concreta situação social estiver em causa, e puder ser assim objecto e conteúdo de uma controvérsia ou problema práticos, uma inter-acção de humana de exigível correlatividade, uma relação de comunhão ou de repartição de um qualquer espaço objectivo-social em que seja explicitamente relevante a tensão entre a liberdade pessoal ou a autonomia e a vinculação ou integração comunitária e que convoque num distanciador confronto, já de reconhecimento (a exigir uma normativa garantia), já de responsabilidade (a impor uma normativa obrigação), a afirmação ética da pessoa (do homem como sujeito ético). No que temos afinal um determinado *objecto* (as relações mundano-sociais) num particular *contexto prático* (o

contexto da convivência pessoal-comunitária) de que emergem *controvérsias ou problemas normativo-práticos* a convocarem para a sua solução judicativa um *fundamento de validade normativa* (a validade axiológico-normativa implicada na axiologia da pessoa, na axiologia do reconhecimento da sua autonomia e da sua responsabilidade numa comunidade ética de pessoas).

Consideração esta dos limites do direito que converge afinal com a recusa, a que também aludiremos, do holismo prático-social e nos faz compreender que, se o direito é – tem sido – uma dimensão importante da nossa civilização, não é tudo, nem pode indiscriminadamente tudo na intencionalidade prática dessa mesma civilização. Não há só o perigo do ceticismo e do economicismo, há afinal também o perigo do juridicismo, no qual indirecta e paradoxalmente se insinua o politicismo e com este o poder sobrelevará e subjugará a validade e a sua normativa, e capital, distância crítica.

## VI

### *As alternativas ao direito*

Por último, e ainda como possível corolário do sentido do direito e da sua autonomia, somos postos perante a eventualidade da sua própria superação através de *alternativas* que para ele se forjem na realidade histórico-cultural-social. Dissemos atrás que as intencionalidades sociais que não assumam esse seu sentido constitutivo e diferenciador, na resolução embora do mesmo problema humano-histórico-social para que o direito se tem constituído como uma específica solução, o problema da integração da pluralidade humana na unicidade do mesmo mundo comunitário, verdadeiramente abandonam o domínio do direito e constituem-se como suas alternativas – pondo-se assim em causa, no seu dogmatismo, o aforismo sempre repetido, *ubi societas, ibi ius*. É este um tema que consideramos fundamentalmente esclarecedor – ainda que não o vejamos compreendido pelo pensamento jurídico em toda a sua importância – e que, por isso, temos continuamente retomado. Justifica-se assim que lhe façamos agora apenas uma alusão sintética.

As alternativas ao direito (com a exclusão dele que postulam, se o não o perspectivarmos pelo acrítico nominalismo jurídico positivista e antes pelo seu sentido normativamente substantivo que definimos) são pensáveis e estão efectivamente a afirmar-se na experiência prática contemporânea. É que, se o direito só verdadeiramente

o temos quando à terceira condição da sua constitutiva emergência, a condição ética tal como a compreendemos, for conferido reconhecimento e realidade, bastará então que dela se abstraia ou que ela realmente se recuse para que possamos ter ordens sociais sem que serão ordens de direito. Recusá-la-á todo o despotismo dos poderes políticos, de que tivemos uma trágica experiência no século há pouco consumado, já que, ao imporem-se como poderes totalitariamente absolutos que se têm por *causa sui*, o que constituem, contra a *ordem de validade* própria do direito, são *ordens de necessidade* – a invocada necessidade, que seria também uma legitimidade, já da história, já da raça, já da classe, etc. Recusa-a também quer a ordem político-social que àquela ordem de validade prefira uma *ordem de possibilidade*, uma ordem apenas socialmente estratégica numa institucionalização funcional e consequencial, em que aos *fundamentos* (axiológico-normativos) se substituam os *efeitos* e actuando segundo uma prática científico-tecnológica de administração eficiente (em que a própria prática se converte em técnica, num qualquer modelo de “engenharia social” ou “tecnologia social”, proposta há muito por Pound e Popper, assimilada por Hans Albert e outros, e está também na básica intenção do *contrat naturel* de M. Serres); quer uma ordem político-social que, ainda contra a opção por uma ordem de validade, opte antes por uma *ordem de finalidade*, uma programática de objectivos também selectivamente estratégicos em que, por sua vez, aos *valores* (na sua universalidade) se substituam os *fins* (na sua subjectivação contingente), fins a cuja realização tudo também se funcionaliza e só preocupada com a institucionalização de poderes e dos meios que lhe assegurem a eficiência e o êxito. Quer, pois, uma ordem social simplesmente de poder, quer uma ordem social (económico-social) fundamentalmente referida e apenas condicionada pela possibilidade científico-tecnológica, quer uma ordem social (político-social) exclusivamente referida e apenas condicionada pela finalidade política *stricto sensu*.

Qual será, pois, a nossa opção na constituição do nosso mundo humano e na nossa responsabilidade por ele? Tudo que se disse cremos ter-nos esclarecido de que o direito é, perante todas estas alternativas, verdadeiramente a *alternativa humana* e ficámos a saber também com exactidão o que, optando por ele ou contra ele, poderemos ganhar ou perder com essa opção. E não será pequeno o benefício deste resultado.

## VII

### *Observação final*

Ainda uma observação final e que temos por indispensável para obviar a possíveis equívocos. A observação é esta: compreendido o direito com este sentido, não fica determinada qual a índole histórico-social, a estrutura e os conteúdos concretos da comunidade em que se participa, como sua dimensão, o direito – apenas se exige que não sejam recusadas as condições possíveis, no contexto das disponibilidades histórico-sociais, para que todas e cada uma das pessoas, sem sofrerem violação da sua dignidade e enquanto sujeitos de direito (sujeito de direitos e do direito) e da implicada responsabilidade, ascendam aí à viabilidade da sua realização pessoal em liberdade e igualdade e se vejam, em simultâneo, integralmente convocadas à participação e à responsabilidade comunitárias no quadro de uma validade normativamente definida e realizanda. A sociedade histórica que negar ou impedir essas condições infringirá a exigência dessa validade postulada pelo direito, sem que com isso fique definido o modelo concreto da sociedade a que essa validade se deverá impor. Esse modelo concreto será sobretudo da competência do político, ao qual caberá definir a estratégia teleológica, a estrutura dos poderes e optar pela índole e os objectivos em geral da organização económica. Que tanto é dizer ainda que não compete ao direito determinar o programa ou visar a transformação da sociedade de que seja também dimensão – o direito não é política, mas validade; não é estratégia e programa, mas normatividade; não é decisão de alternativas consequenciais, mas juízo de fundamentante validade normativa.

Só que, correlativamente, o direito não recusa menos sacrificar a sua autonomia, com o sentido que ficou compreendido, num qualquer holismo prático-social, sobretudo orientado pelas aquelas outras componentes também do universo prático-social que encontram expressão nas alternativas do direito consideradas e que não lhe aceitam ou tendem a diluir essa sua autonomia. E reconheça-se perante a tentação do holismo prático que este, no seu aparente, mas realmente ilusório, enriquecimento *ab extra*, não só arrasta à confusão das essências, ao anular as intencionais autonomias diferenciáveis, com os seus problemas próprios e irreduzíveis – já que, se em tudo está o todo, o todo não será o critério imediato de tudo – como se corre o risco de despedaçar a panela de barro das validades que vão na *intentio* do direito contra a panela de ferro do cinismo do poder e da astúcia dos interesses.